

《十二表法》的制定、灭失与还原(上)

徐国栋*

目次

上篇 《十二表法》的制定

- (一) 制定时的意识形态环境
- (二) 《十二表法》的制定
- (三) 《十二表法》中一些规定的过时

中篇 《十二表法》的灭失

- (一) 高卢人的崛起
- (二) 高卢人与罗马人的冲突
- (三) 罗马沦陷
- (四) 罗马光复
- (五) 关于罗马光复后《十二表法》下落的争论

下篇 《十二表法》的还原

- (一) 转述《十二表法》条文的诸古书
- (二) 还原的过程
- (三) 体系问题与曲解古人的可能(以上本期刊载)
- (四) 《十二表法》每条依据的史料展示

摘要 《十二表法》是现代西方公法和私法的重要源头。它制定于远古地中海地区公有制和私有制并行实验的历史时期,最终采用了私有制路线。一旦制定,就完成了习惯法的成文化,造就了平民和贵族在接近法律上的平等,成为罗马的法学的基础。但时代的进步造成该法的一些规定过时,最终于公元前 390 年在高卢人的入侵中灭失。尔后,它存在于后世作家对它的引述中。近现代许多学者为还原《十二表法》付出了巨大的努力。比较好的还原方法是把该法的条文与还原它依据的史料同时展示。

关键词 《十二表法》 罗马公法 罗马私法 罗马诉讼法 十人委员会

* 厦门大学法学院教授、法学博士。

李维说:《十二表法》是“所有的公私法的源头”。^{〔1〕}此为古人之语。今人波兰华沙大学法律系罗马法教研室主任玛利亚·扎布洛斯卡教授采取同样的立场,证明《十二表法》的许多规则仍旧保留在西方法中,构成当代许多法律原则的渊源。^{〔2〕}我国学者显然赞同上述结论,故对《十二表法》有相当之研究。2014年12月31日在中国知网检索,篇名中包括“十二表法”字样的文献有13篇,篇名中包括“十二铜表法”的文献有7篇。其中不乏深入之论,例如研究制定《十二表法》的阶级斗争背景的论文,^{〔3〕}比较《十二表法》与《汉谟拉比法典》的论文,^{〔4〕}比较《十二表法》与《法经》的论文,^{〔5〕}比较《十二表法》与美国宪法的论文。^{〔6〕}但美中不足的是,既有文献对制定《十二表法》的意识形态背景以及对该法的还原经过无一论及,本文拟填补这一空白。

上篇 《十二表法》的制定

(一) 制定时的意识形态环境

此等环境表现为在当时的地中海世界,在《十二表法》制定前已发生了一场法典编纂运动,它们林林总总,体现了私有制路线和公有制路线的斗争,罗马人选择了前者,所以,《十二表法》是一部以私有制为基础的法典,大力保护私人财产权,而斯巴达人选择了后者。后种路线的代表人物是柏拉图,他在其《理想国》中鼓吹这一路线。前种路线的代表人物是巴内修(Panaetius of Rhodes,约公元前185—前109),他把土地所有权的观念带到罗马,并把保卫此等所有权当作国家的首要义务,且把土地所有权问题作为学术和文化讨论的中心问题。^{〔7〕}巴内修的思想影响了包括西塞罗在内的罗马精英阶层。可以说,罗马人的这一选择决定了尔后西方法发展的主流方向,尽管以后出现过公有制言论,但都是支流。

(二) 《十二表法》的制定

1. 保民官提出制定成文法的要求

制定《十二表法》是平民和贵族长期的阶级斗争的成果。这两个阶级彼此间的斗争持续已久,每次斗争都以平民的争权成功和贵族的让步告终。平民的政治领袖是保民官,他们总是代表自己的阶级提出政治要求。

公元前462年,保民官盖尤斯·阿尔萨(Gaius Terentilius Harsa)利用执政官正在外与伏尔喜人作战的时机,向元老院提出,“为了一劳永逸地禁绝这种漫无拘束的恣睢放纵”,必须制定成文法限制执政官的权力,“绝不允许执政官把自己的放肆和任性当作法律”。他要求成立起草法律的五人委员会。这个建议被推迟审议,后被重复提出,成为平民-贵族、保民官-执政官冲突的核心。公元前453年,当年的保民官让步,提出由贵族和平民共同组成立法委员会,颁布对双方都有利的法律。贵族们接受了这一建议。于是派一个由元老组成的三人团去希腊考察取经。他们是

〔1〕 Cfr. Livio, Storia di Roma (I-III), 3, 34, 6-7. Oscar Mondadori, Bologna, 1994, p. 447.

〔2〕 参见[波兰]玛利亚·扎布洛斯卡:《〈十二表法〉——当代法律原则的渊源》,姜爱华译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第7卷,厦门大学出版社2010年版,第276页及以下。

〔3〕 参见陈可风:《〈十二表法〉制定与公元前5世纪中期罗马平民与贵族的斗争》,载《求索》2003年第4期。

〔4〕 参见夏祖恩:《〈汉谟拉比法典〉与〈十二铜表法〉比较论略》,载《福建师大福清学校学报》2003年第3期。

〔5〕 参见于语和、董跃:《〈法经〉与〈十二铜表法〉之比较研究》,载《南开学报》2000年第4期。

〔6〕 参见林国荣:《托克维尔眼中的美国1787年宪法与古罗马十二铜表法之比较》,载《浙江学刊》2006年第2期。

〔7〕 Cfr. Osvaldo Sacchi, Le Nozioni di Stato e di Proprietà in Panezio e L'Influenza della Dottrina Stoica sulla Giurisprudenza Romana nell'Epoca Scipionico-Cesariana, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, 3, 51, 2005, p. 338s.

Sp. Posthumius Albus, A. Manlius 和 P. Sulpitius Camerinus。^[8] 考察期间平民停止与贵族的抗争。关于考察团的使命,李维说:“罗马派遣他们到希腊去是为了抄写著名的梭伦法典,以及调查希腊各国的现状、法律、立法过程。”^[9] 不过,关于这里说到的希腊是意大利南方的大希腊还是希腊本土,有争议。后说为通说。

为了克服了解希腊法制的语言障碍,考察团还聘请了以弗所人埃尔默多罗斯(Hermodorus)当翻译。有人认为他是《十二表法》的真正作者。^[10] 其论据是彭波尼说到,某些作者认为,某个被流放到意大利的以弗所人埃尔默多罗斯负责制定这一法律(D. 1, 2, 2, 4)。这些作者有普林尼、斯特拉波、狄奥尼修斯。无论如何,罗马的大会场上有埃尔默多罗斯的雕像。^[11] 这应该是感谢性的。

2. 考察团考察的私有制路线的立法例

(1) 雅典的梭伦立法(公元前 594)。考察团来到了伯里克利时期及全盛时期的雅典,考察持续一年多。^[12] 为此,伯里克利在阵亡将士葬礼上的演说中说:“我们的制度是别人的模范。”^[13] 梭伦立法本身就是公布在十几块法表中,其中有设立元老院、禁止嫁资、禁止买卖婚的规定,并创立了遗嘱法,打破了法定继承独统天下的局面,限制夫妻间的赠予,把欺诈和胁迫定为影响法律行为效力的原因,禁止服丧的人毁容,不得过度痛哭、装殓死者的衣服不得超过 3 套,按行业划分居民,把水公产化,等等。^[14]

(2) 罗克里立法。十人委员会还受到罗克里(Locri)立法的影响,罗克里是希腊中部的一个多里安部落,其公元前 660 年的扎雷乌科(Zaleuco)立法被借鉴。扎雷乌科被认为是西方世界的第一个立法者。他有如下法律传世:

- ① 任何人都不得转让其祖产,经受公众知晓的不幸的除外。
- ② 不许罗克里人占有男奴或女奴。
- ③ 应挖掉通奸者的一只眼。
- ④ 禁止妇女穿金色的衣服和丝绸衣服,并不得以做作的方式打扮,为求夫目的如此做的除外。
- ⑤ 已婚妇女在与家人去集议场的时候应穿白衣,并由一名女奴伴随。未婚妇女可以穿各色衣服。
- ⑥ 不得带铁器参加元老院会议。
- ⑦ 对从远方回来问新闻的人,处罚款。
- ⑧ 对违背医生的令状饮酒的病人,判死刑。
- ⑨ 在为尸体建造坟墓后,禁止为死者哭泣甚至宴饮。
- ⑩ 在两人尝试调解之前,禁止审判他们的事情。
- ⑪ 如果食品不是出自同一生产者,则禁止出售之。
- ⑫ 盗贼处死刑。

[8] Cfr. Eugenio Lelievre, *Commentatio Antiquaria de legge XII Tabularum Patria*, 1826, Lovanii, p. 17.

[9] 参见[日]盐野七生:《罗马人的故事 I: 罗马不是一天造成的》,徐幸娟译,三民书局 1998 年版,第 111 页。

[10] Cfr. Seerpil Gratama, *Oratio de Heromodoro Ephusio Vero XII Tabularum Auctor*, Groningae, 1817.

[11] Seerpil Gratama, *supra* note [10], at 11.

[12] 参见前注[9],盐野七生书,第 109 页。

[13] 参见[古希腊]修昔底德:《伯罗奔尼撒战争史》(上册),谢德风译,商务印书馆 1985 年版,第 130 页。

[14] 参见[古罗马]普鲁塔克:《希腊罗马名人传·梭伦传》(上册),黄宏熙主编,吴彭鹏译,商务印书馆 1990 年版,第 188 页及以下。

⑬ 挖了别人一只眼的人,也挖他一只眼。

⑭ 向元老院提出一个改革方案或一个有效法律的替代品的人,应套绳索于颈,准备在提案未得批准的情形被绞死。^[15]

(3) 克里特的《格尔蒂法典》(公元前500年制定,据说是欧洲第一部法典)。该法典承认奴隶制,以罚款惩罚诱奸和通奸,允许离婚,但离婚后生的孩子归丈夫,他不要的除外。承认继承制度,但男女在继承份额的取得上不平等,男2女1。实行分别财产制。承认抵押制度。承认收养制度。^[16] 它的内容主要是私法规范,这点对欧洲的法律传统影响很大,以赔偿取代了报复制度,这些可能比《十二表法》进步。^{[17][18]}

(4) 卡农达(Caronda,公元前6世纪卡塔尼亚的立法者)立法。它发生在意大利南方的卡塔尼亚,此等立法包括镇压遗嘱伪造者的立法,以及惩罚军人犯罪者的立法,对这样的罪犯,不是处死刑,而是让犯人穿女装在市场上展览3天。^[19] 并第一个以刑罚对伪证罪进行打击。^[20]

3. 考察团考察的公有制路线的立法例

从李维的记述来看,十人委员会的考察对象不限于雅典,还包括其他希腊城邦,例如斯巴达,其公元前750年的莱库古立法被借鉴。莱库古担任过斯巴达的国王,据说曾游历克里特,根据这里的法律为斯巴达制定了法律,^[21] 其中受到德尔菲神谕的影响。其内容为:(1)设立元老院;(2)重分土地;(3)实行公产主义式的经济,取消货币,提倡简朴,反对奢侈,搞公共食堂。法律不成文,内容多公法。罗马人吸收了其简朴主义思想,但排斥其共产主义的不成文法思想。莱库古立法对柏拉图(公元前427—前347)的《理想国》产生了影响,理想国的许多制度描述以莱库古时期的斯巴达为蓝本。

4. 立法团希腊考察否定说

维科(1668—1744)认为从雅典输入《十二表法》是一个虚构,该法应是罗马的本土文化产物。^[22] 传播论认为一个东西一定要由一个民族发明,然后传播到其他民族,这种说法反映了希腊人的虚荣心。^[23] 《十二表法》应是拉丁区域各民族习俗的表现,是拉丁地区部落自然法的伟大见证。^[24] 《十二表法》比德拉古立法、梭伦立法和莱库古立法高明。^[25] 立法团希腊考察说只有狄奥尼修斯记载过,有人认为他是为了彰显自己的祖国是罗马的法律老师而伪造此事。^[26] 当时去希腊旅行困难,罗马人的使节不懂希腊语,希腊人没有任何关于他们的记载,使节派出的时间不对,等

[15] Cfr. La voce di Zaleuco di Locri (available at http://it.wikipedia.org/wiki/Zaleuco_di_Locri, last access 2009-02-18).

[16] 参见《格尔蒂法典》,郝标陶译,高等教育出版社1992年版。

[17] 参见易继明:《私法精神与制度选择——大陆法系古典模式的历史意义》,中国政法大学出版社2003年版,第39页及以下。

[18] 关于格尔蒂法的专门研究,See Michael Gagarin, David Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law* (New York: Cambridge University Press, 2005).

[19] 同前注[15]。

[20] 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第107页。

[21] 参见[古罗马]普鲁塔克:《希腊罗马名人传·罗慕洛传》(上册),黄宏熙主编,吴彭鹏译,商务印书馆1990年版,第89页。

[22] 参见[意]维科:《新科学》,朱光潜译,人民文学出版社1986年版,第22页。

[23] 参见前注[22],维科书,第88页。

[24] 参见前注[22],维科书,第90页。

[25] 参见前注[22],维科书,第119、399页。

[26] Eugenio Lelievre, *supra* note [8], at 24.

等,都考验《十二表法》借鉴希腊人说法的坚固性。人们甚至认为,罗马人向希腊派出过使团的说法不过是为了折辱罗马人。此论的主张者假定世界上同时存在的人民,有的处在幼年期,有的处在青春期,有的处在青年期,有的处在壮年期或老年期。^[27] 罗马人被说成是幼年期的人民要向成熟期的希腊人学习了。

5. 《十二表法》的制定经过

公元前 451 年考察团回国后,成立十人委员会起草法律,其中有 3 名考察团员,另加 7 名贵族,否定了平民参与立法的要求。这 10 人是:

阿庇尤斯·克劳丢斯(Appius Claudius),时任执政官

提图斯·奥古里努斯(Titus Genucius Augurinus),时任执政官

提图斯·奇库里努斯(Titus Veterius Crassus Cicurinus),公元前 494 年的执政官,在任时处理过平民的第一次撤离

盖尤斯·优流斯·尤鲁斯(Gaius Iulius Iullus),公元前 482 年的执政官

奥鲁斯·曼流斯·乌尔索内(Aulus Manlius Vulson),公元前 474 年的执政官

塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·卡麦里努斯·科尔努图斯(Servius Sulpicius Camerinus Cornutus),公元前 500 年的执政官

普布流斯·绥克斯求斯·卡皮托(Publius Sextius Capito)

普布流斯·库里亚求斯·费斯图斯·特里杰米努斯(Publius Curiatius Fistus Trigemini),公元前 453 年的执政官

提图斯·罗密流斯·罗库斯·梵蒂冈努斯(Titus Romilius Rocus Vaticanus),公元前 455 年的执政官

斯普流斯·波斯度缪斯·阿尔布斯·雷吉伦塞(Spurus Postumius Albus Regillense),公元前 466 年的执政官^[28]

阿庇尤斯·克劳丢斯是他们的灵魂。

是年,罗马进入非常状态,形成十人独裁,对他们的决定不得上诉。取消了保民官。阿庇尤斯·克劳丢斯担任委员会的主席。1 年后制定了十表法律,经人民讨论后交付百人团会议表决通过。

为了补充,还需两表,为此于公元前 450 年成立了第二个十人委员会,它由如下成员构成:

阿庇尤斯·克劳丢斯·克拉苏斯

马尔库斯·科尔内流斯·纳路基内恩西斯(Marcus Cornelius Naluginensis)

马尔库斯·塞尔鸠斯·埃斯奎里努斯(Marcus Sergius Esquilinus)

路求斯·米努求斯·埃斯奎里努斯·奥古里努斯(Lucius Minucius Esquilinus Augurinus),公元前 458 年的执政官

昆图斯·法比尤斯·维布兰斯(Quintus Fabius Vibulanus),公元前 467 年的执政官

昆图斯·波特留斯·立波·维索鲁斯(Quintus Poetelius Libo Visolus)

提图斯·安托纽斯·梅农达(Titus Antonius Merenda)

切索·兑流斯·龙古斯(Caeso Duillius Longus)

斯普流斯·奥比尤斯·科尔尼切恩(Spurus Oppius Cornicen)

[27] Eugenio Lelievre, *supra* note [8], at 111.

[28] See Hugh Chisholm (Ed.), *Encyclopædia Britannica* (11th Ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 1911).

曼纽斯·拉布雷尤斯(Manius Rabuleius)^[29]

可以看出,第二个十人委员会的成员基本全部更换,只有阿庇尤斯·克劳丢斯留任,他仍然领头。第二个十人委员会吸收了平民参加,例如,切索·兑流斯·龙古斯就是平民。他们制定了后两表,按同样的程序通过。至此,《十二表法》全部编成,装贴在集议场的墙上。历史学家 Cassius Dio 说表是青铜制成的,所以后世有《十二铜表法》之说。事实上,罗马人有把法律制成铜表存入国库的习惯。^[30] 也有人说是刻在象牙表上的。

第二个十人委员会尝到了权力的甜头,不愿交权,宣称要把自己变成十人王。其首领阿庇尤斯·克劳丢斯爱上了平民姑娘维吉尼亚(其父亲为保民官,在前线作战),但他作法自毙,不能与她结婚。为了得到她,他委托手下说维吉尼亚是自己的女奴的后代,因而归自己所有。维吉尼亚的父亲得知此事后赶回罗马,杀死女儿以使其得到自由,引发民变,平民又撤退到圣山。贵族认识到事态严重,遂逮捕阿庇尤斯并要将他判刑,阿庇尤斯不堪受辱,在开审前夜自杀,十人委员会因此解体。^[31]

公元前 449 年执政官和保民官被重新任命。同年颁布了关于保民官权力的《瓦雷流斯申诉法》,规定保民官、平民营造官和十人委员会成员不可侵犯,恢复了共和制度。

在历史上未见过如此郑重其事地立法的先例。《十二表法》一经制定,就成为罗马的公法和私法的源头,开创了罗马的法制国家时代。

6. 制定《十二表法》的意义

《十二表法》是平民与贵族进行斗争的核心成果,其意义非常特别。

首先,它是阶级斗争和阶级妥协的成果,具有宪法的性质,尽管社会资源的分配仍然不利于平民,但贵族做出了一定的让步,例如,他们接受了法律的成文法化,由此把法从祭司团的垄断中解放出来,罗马国家之法的主要形态由习惯法转化为制定法,从这个意义上讲,《十二表法》不是 *Ius civile*,而是 *Lex civile*(市民的法律)。

其次,作为对既有的世俗法进行法典编纂的结果,它还使神法与人法的界限明确化,因此其颁布也是一场法律世俗化的运动,此后就形成了世俗的市民法学取代过去的祭司法学。

再次,在这部法律中,首次使用了“市民”的概念(第一表第 4 条等),这是一个个人的概念。个人性的“市民”概念在《十二表法》中的出现,在罗马人的团体主义的哲学观念上打开了一个使未来的个人主义的市民法成为可能的缺口。当然,由于社会主体从团体到个人的演变,它也使调整市民人际关系的市民法成为可能。

(三)《十二表法》中一些规定的过时

在远古时期,《十二表法》中的一些规范就已过时。它们有如下列:

1. 时效婚

盖尤斯在其《法学阶梯》1,111 中说,这一规则后来被法律废除,另一方面,在习惯中也被弃置不用。^[32] 那么,这一制度是何时,被什么法律废除的?据说,在西塞罗的时代,时效婚还存在,学者认为它是在奥古斯都时期被废除的,操刀的法律可能是公元 9 年的《关于婚姻的帕皮尤斯和波培乌斯法》(*Lex Papia Poppaea Nuptialis*)。^[33]

[29] Hugh Chisholm, *supra* note [28].

[30] 参见[古罗马]苏维托尼乌斯:《罗马十二帝王传》,张竹明等译,商务印书馆 1995 年版,第 15 页。

[31] 参见前注[9],盐野七生书,第 124 页。

[32] 参见[古罗马]盖尤斯:《盖尤斯法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 2008 年版,第 40 页。

[33] Cfr. Lorenzo Franchini, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, Vita & Pensiero, 2005, p. 23.

2. 建筑物之间的间隔距离

第七表第1条规定建筑物之间应留两尺半的空地。但公元前390年，罗马人遭遇高卢人入侵，城市被焚。重建时由于人口日增，地价高涨。于是，新建房屋多不再遵守留空地的规定，而是多毗连而建，以墙分界。^{〔34〕}

3. 族亲继承

《十二表法》把族亲作为第三顺位的法定继承人。但这种继承到西塞罗时期只有一个残迹了。在西塞罗的《论演说家》1,29,176中保留了这方面的一个案例。其中，马尔切鲁斯和贵族克劳丢斯争一个解放自由人之子的遗产。马尔切鲁斯属于克劳丢斯氏族中的平民支派。马尔切鲁斯解放了一个奴隶。被解放者采用解放者的族名，因而属于克劳丢斯氏族。该奴隶有一个儿子，后来无遗嘱而死。这个儿子是生来自由人，但他没有当然继承人和宗亲。此时其遗产应归族亲继承，克劳丢斯氏族据此要求继承其遗产。马尔切鲁斯支派依据同样的理由要求继承，到了这里，问题成了到底归大氏族还是小氏族继承。该案在百人法院审理，最终的处理结果未知。但该儿子显然不符合其祖先中无奴隶的族亲条件，所以，贵族克劳丢斯氏族继承到他的遗产的可能十分渺茫。但马尔切鲁斯也无甚理由继承此人，顶多可以求助恩主权的扩张而已。^{〔35〕}

4. 处死债务人的制度

该制度在昆体良的时代已停止适用，因为昆体良的《演说术阶梯》3,6,84记载：“确实，有些做法依自然不值得赞许，但依法允许，例如在《十二表法》中，就允许在债权人中分割债务人的尸体，这一法律后来根据公共道德废除了。”^{〔36〕}

5. 杰流斯列举的在其时代已过时的制度

奥鲁斯·杰流斯在其《阿提卡之夜》16,10,8中说：有关无产者、庄园主、萨那特斯人、保证人、副保证人、25阿斯、同态复仇、双手举着一个盘子、腰围遮羞布，所有这些《十二表法》中的古代规范都过时了，《艾布求斯法》废除了它们，只留下了百人团审判的内容。^{〔37〕}《艾布求斯法》颁布于公元前130年或从公元前199年到公元前126年期间，其内容是废除法律诉讼，启用程式诉讼。杰流斯提到的“无产者、庄园主、萨那特斯人、保证人、副保证人”都属于民事诉讼规范中的术语，它们可能跟着法律诉讼被废除了。但“25阿斯、同态复仇、双手举着一个盘子、腰围遮羞布”属于侵权行为法和刑法中的惩治盗窃法，这方面的规定可能也被废除。杰流斯提到的废除肯定是局部的，至少保留了百人团审判的规定，还可能包括许多其他规定。

中篇 《十二表法》的灭失

（一）高卢人的崛起

在王政末期以前，罗马人不知高卢人的存在。高卢人即凯尔特人，他们的文明产生于公元前1000年左右。高卢人最初住在欧洲中部，后来沿莱茵河向西迁移，定居在大约相当于现代的法国、比利时、部分荷兰和大部分瑞士等地方。高卢人主要从事农业劳动，有500万到2000万人口，由500个左右的以家族血缘为纽带的部落组成。一些部落基于相同的血缘组成城邦。在

〔34〕 参见周栢：《罗马法原论》（上），商务印书馆1994年版，第326页。

〔35〕 参见〔古罗马〕西塞罗：《论演说家》，王焕生译，中国政法大学出版社2003年版，第119页、第121页注释1。

〔36〕 Cfr. L'Istituzione Oratoria di Marco Fabio Quintiliano, a cura di Rino Faranda e Piero Pecchiura, Vol. I, UTET, Torino, 1979, p. 389.

〔37〕 Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Secondo, BUR, Milano, 2001, p. 1111.

公元前 2 世纪到公元前 1 世纪期间,不同的城邦经常交战。^[38] 高卢人后来分成许多支族向各地移动,一支渡海到不列颠,成为现在的苏格兰人的祖先,一支越过比利牛斯山进入西班牙,一支越过阿尔卑斯山进入意大利波河流域。^[39] 正是这最后一支与罗马人遭遇,导致了《十二表法》的灭失。

(二) 高卢人与罗马人的冲突

公元前 391 年,高卢人为了摆脱人口过剩的危机,分出部分人口越过阿尔卑斯山向亚平宁半岛寻找生存空间,攻打埃特鲁斯人的地盘,庇护过罗马最后一任王高傲者塔克文的埃特鲁斯城邦克鲁西乌姆首当其冲。高卢人的高大身材、众多的数目和奇特武器吓坏了他们,于是不顾与罗马的历史杯葛向其求援。罗马人派出最强悍的法比尤斯氏族的三兄弟去警告高卢人不得攻击未侵犯过他们的民族。高卢人表示愿意和平,但要求克鲁西乌姆人把超过其耕种能力的土地给他们。于是,罗马人问他们根据什么权力以战争的威胁向克鲁西乌姆人提出土地要求,并问高卢人进入埃特鲁斯来干什么? 罗马人得到的傲慢的回答是,他们的武器就是他们的权力,一切东西都是属于勇敢者的。至此,双方的情绪都激动起来了,都挥动武器投入战斗。这时,罗马的使节们也义愤填膺,违反“万民法”,也拿起了他们的武器。其中的一个法比尤斯还杀死了一个高卢人的酋长,在剥尸体盔甲时被高卢人认出。

罗马使节的敌对行为冒犯了高卢民族,这一民族中有些人主张立刻向罗马进军,但长者们认为应该先遣使去罗马提出正式抗议,要求交出那几个具有法比尤斯族名的人作为违反“万民法”的制裁,以此履行宣战前的“提出要求”程序。高卢人的使节们提出要求后,罗马元老院虽不同意法比尤斯族人们的行为,承认蛮族提出的要求是公正的,但由于政治利益的关系,他们不能对地位这样高的人颁令定罪。而就在这个节骨眼上,3 个违反了“万民法”的法比尤斯中的一个,竟然被选为军事保民官。^[40] 这样,高卢人知道他们的使节遭到了轻视,违反“万民法”的人竟然得到了荣誉。他们怒火中烧,^[41] 于是发动了对罗马的进军。

(三) 罗马沦陷

面对高卢人的进军,罗马人轻敌,没有认真征募军队,所以,当高卢人兵临城下时,罗马人不足以迎敌。公元前 390 年 7 月 16 日,罗马军队与高卢军队在阿里亚河边交战,罗马人败绩。于是,罗马人决定让有作战能力的年轻人和元老院的精壮部分登上城堡和卡皮托尔山。祭司把国家圣物都带走了。^[42] 公元前 390 年 7 月 18 日,高卢人进入空城罗马,杀死年老的元老,大肆放火焚烧公共建筑。高卢人占领罗马 7 个月,罗马的幸存者困守在卡皮托尔山丘上。但高卢人也粮草殆尽,而且疾病流行,而罗马城周围的市镇时常有抵抗力量出现。高卢人处在尴尬的境地,有与罗马人议和之心。

(四) 罗马光复

此时,罗马城外的抵抗力量只听从被放逐的卡米卢斯的号召,元老院派人召回卡米卢斯,授予他独裁官的权位。^[43] 同时,委托军事保民官与高卢人的首领布伦努斯谈判后达成协议,罗马人欲

[38] 参见陈玉瑶:《从高卢人到法兰克人——浅谈促成族群对国家认同的原因》,载《世界民族》2008 年第 6 期,第 79 页。

[39] 参见宫秀华:《恺撒与高卢战争》,载《东北师大学报(哲学社会科学版)》1995 年第 2 期,第 33 页。

[40] 参见吴于廑主编:《外国史学名著选》(上册),商务印书馆 1986 年版,第 187 页。

[41] 参见前注[40],吴于廑书,第 188 页。

[42] 参见[古罗马]李维著,[意]斯奇巴尼选编:《自建城以来》(第一至十卷选段),王焕生译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 201 页。

[43] 参见[古希腊]普鲁塔克:《希腊罗马名人传·卡米卢斯传》(上册),黄宏熙主编,吴彭鹏译,商务印书馆 1990 年版,第 292 页。

出 1 000 磅黄金买得高卢人退兵，但高卢人使用假秤，罗马人对此恼火，但高卢人的首领布伦努斯说遭受诈欺是被征服者的霉运。此时独裁官卡米卢斯赶到，认定元老院的代表与高卢人订立的协议是非法的，因为没有经过他这个独裁官的同意。于是两军搏斗，高卢人败绩，罗马得到光复。^{〔44〕} 尽管回到罗马人手中的城市已残破不堪，卡米卢斯仍举行了一个凯旋式。众神的祭司和执事把埋在地下或随身带着逃难的各样圣品拿出来，展示给大家看。卡米卢斯向众神做了祭献，并命在全城斋戒涤罪后修复原有的神庙。^{〔45〕} 李维 6, 1, 10 记载：《十二表法》像其他历史纪念物一样得到了重建。^{〔46〕}

（五）关于罗马光复后《十二表法》下落的争论

通说认为《十二表法》在高卢大火中焚毁了，也有可能被高卢人当作战利品掠走了，^{〔47〕} 那为何罗马人不重建《十二表法》的载体？卡米卢斯的确进行了各种重建，他不重建《十二表法》是为了让成文法重新变成不成文法？这是有可能的，因为狄奥尼修斯说（10, 3），《十二表法》在颁布后一个世纪中，解释这部法典的权利都局限于大祭司团。彭波尼（D. 1, 2, 2, 6）也说，直到那时，大祭司团只向贵族开放。^{〔48〕} 维科也说，颁布《十二表法》一百年之内还由贵族藏在立法院里保密，不让平民们知道。^{〔49〕}

俄国学者科凡诺夫持《十二表法》被祭司们藏起来说，他称有李维提供的论据。确实，李维提到祭司们把各种圣物都埋在地下了或带走了。《十二表法》对于罗马人如此重要，难道不属于这样的圣物？尤其是大祭司曾有保管法律的职责，在高卢人入侵时，他有可能把《十二表法》藏起来或带走。

所以，一些学者不说《十二表法》被高卢人焚毁，只说该法在高卢人入侵后“灭失”。该词既可涵盖“焚毁”，也可涵盖“私藏”（有些人为了自己或其阶级的利益把《十二表法》隐匿起来），无论出于何种原因，效果就是后人不能直接见到《十二表法》了，故谓之灭失。

确实，高卢人的入侵造就了一些无头案。例如高卢黄金案。公元前 381 年，曼流斯说贵族隐藏了高卢黄金财宝。如果贵族把这笔钱交出来，平民就可从债务中解脱。^{〔50〕}

以上讨论以确实颁布过《十二表法》为前提争论它是否在高卢入侵中灭失，下面的讨论则否认按照立法程序颁布过《十二表法》。此论也关乎后人对《十二表法》的还原问题，故一并介绍于此。

意大利学者埃托雷·派斯（Ettore Pais, 1856—1939）于 1908 年发表了《编订与公布〈十二表法〉的年代》一文，其中质疑《十二表法》的编订和颁布时间。他认为，《十二表法》不是在公元前 4 世纪初由十人委员会在罗马编订的，而是阿庇尤斯·克劳丢斯的秘书福劳维（Flavius）公布的市民法。^{〔51〕} 福劳维市民法（Ius civile Flavianum）出现于公元前 304 年。根据彭波尼的记载，“阿庇尤斯·克劳丢斯把有关这些诉讼的材料加以收集和整理之后，他的文书，一个被解放奴隶的儿子聂乌斯·福劳维拿走了这本书，将之公布于人民。在当时，这个礼物受到了人民的欢迎，因而人民选他为平民保民官、元老和市政官。这本包含诉讼的书被称作福劳维市民法”。^{〔52〕}

〔44〕 参见前注〔43〕，普鲁塔克书，第 295 页及以下。

〔45〕 参见前注〔43〕，普鲁塔克书，第 296 页及以下。

〔46〕 Voir P. F. Girard, *L'Histoire des XII Tables* (Paris, 1902), p. 13.

〔47〕 Cfr. Rodolfus Scheoll, *Legis Duodecim Tabularum Reliquia* (Lipsiae, 1846), p. 1.

〔48〕 参见前注〔22〕，维科书，第 293 页。

〔49〕 参见前注〔22〕，维科书，第 317 页。

〔50〕 参见前注〔42〕，李维书，第 229 页。

〔51〕 P. F. Girard, *supra* note〔46〕, at 2.

〔52〕 D. 1, 2, 2, 7.

法国学者爱德华·兰伯特(Edouardo Lambert)在派斯观点的基础上进一步发展,怀疑《十二表法》的物理存在。^[53]不过,他是把《十二表法》与埃流斯·佩都斯·卡图斯(Sextius Aelius Petus Catus)的《三分》等同起来。^[54]公元前2世纪,按彭波尼的说法,埃流斯·佩都斯·卡图斯出版了《三分》(Tripartita),其第一部分是《十二表法》;第二部分是法学家对《十二表法》的解释;第三部分是法律诉讼。^[55]他认为,《十二表法》不是一个被任命的委员会的产物,而是在公元前2世纪完成的文学加工的成果,其时,佩都斯完成了《三分》。该书第一次不仅评注,而且收集了古代法学的习惯法规范。这样,问题不是《十二表法》何时编订与颁布,而是该法是真是假的问题。^[56]按他这种方法推理,整个的罗马史将被毁了,关于卡米卢斯的记述也失去了可信性。^[57]

德国学者舍尔(Schöll)的解释更加圆通。他认为《十二表法》确实被大祭司藏起来了,埃流斯·佩都斯·卡图斯的《三分》把它披露出来。^[58]

下篇 《十二表法》的还原

如前所述,《十二表法》在公元前390年高卢人入侵罗马造成的大火中灭失。在大约2000年以后,法国学者雅克·馥多弗雷多(Jacque Godefroy, 1587—1652)在1616年开始根据后人的转述复原这一法律。后人留下哪些转述呢?有如下列:

(一) 转述《十二表法》条文的诸古书

1. 西塞罗的著作

作为一个法学家,西塞罗在自己的著作中多次援引并分析《十二表法》中的规范。这些著作有《论法律》《论共和国》《论义务》《地方论》《腓利比》。读者在本文的“《十二表法》每条依据的史料展示”部分可发现,《十二表法》有24个条文是根据西塞罗的上述著作还原的。

2. 盖尤斯的著作

盖尤斯的鼎盛年代是161年,其时,他出版了自己的《法学阶梯》。所以,他生活的年代与《十二表法》相隔六百多年,尽管如此,他仍然写了《十二表法评注》,此书记录了《十二表法》的一些片段并可能反映该法的叙事顺序。另外,他的《法学阶梯》也记录了《十二表法》的一些规范。

3. 奥鲁斯·杰流斯的《阿提卡之夜》

奥鲁斯·杰流斯(Aulus Gellius, 125—180)出生于罗马,在罗马学习了修辞学和语法,于141年或151年到雅典学习修辞学和哲学,在那里完成了《阿提卡之夜》。阿提卡是雅典的别称,由于杰流斯是在雅典的漫漫冬夜完成的此书,遂命名为《阿提卡之夜》。这不是一部铺陈作者理论或观察的书,而是一部书籍摘抄和读书笔记的混合,由此保留了许多现已佚失的古书的片段。由于他是罗马人,而罗马人按法律生活,反映生活的书籍自然多法律内容,所以,《阿提卡之夜》多涉法律。由于其法律性,《阿提卡之夜》成为后世学者研究罗马法的重要资料。其对于还原《十二表法》,尤

[53] Voir Edouardo Lambert, La Question de L'authenticite des XII Tables et les Annales Maximi, In Nouvelle Revue de Droit et Etranger, Mars-Avril, 1902, p. 6.

[54] P. F. Girard, supra note [46], at 2.

[55] D. 1, 2, 2, 38.

[56] Cfr. Ettore Pais, Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma, Roma, Ermanno Loescher & Co., 1915, p. 4.

[57] Ettore Pais, supra note [56], at 57.

[58] Rodolfus Scheoll, supra note [47], at 2.

其提供良多资料。

4. 费斯都斯的《论字义》

费斯都斯(Sextus Pompeius Festus)是罗马语法学家,公元前2世纪下半叶为其兴盛期。他的《论字义》是一部20卷的辞书,但词为事的反映,所以该书也是一部反映费斯都斯时代社情的百科全书式的著作。此等社情的一个方面是罗马人的法律生活,由此涉及一些《十二表法》的规定。

5. 瓦罗的《论拉丁语》

瓦罗(Marcus Terentius Varro,公元前116—前27)曾是恺撒的追随者,退出政坛后专心于学术,写下了如题著作。这是一部25卷的作品,分为三部分。第一部分讲拉丁词源;第二部分讲词的变格变位;第三部分讲句法。在分析语言现象的过程中,瓦罗把《十二表法》的一些规定当作范本来分析,由此把它们保留下来。

6. 乌尔比安的《乌尔比安篇目》

此书的拉丁文名称是 Tituli Ulpiani,该书全名为 Tituli ex corpore Ulpiani,意思是从乌尔比安安全集中摘录的一些题。又称《乌尔比安规则集》。它是9世纪或10世纪末在高卢发现的一个抄本,出自 Fleury-sur-Loire 本笃派修道院。^[59] 它分为29题,其中转述了一些《十二表法》的规定。

7. 《梵蒂冈残篇》

这是红衣主教安杰洛·马伊(Angelo Mai,1782—1854)于1820年在梵蒂冈图书馆的隐迹纸本手稿上发现的一部汇编的残篇,于1823年出版,内容包括一些法学家的论述以及皇帝敕令,此等法学家如保罗帕比尼安、保罗、乌尔比安等。^[60] 《梵蒂冈残篇》由341个片段构成,它是一部大书的一部分,由不知名的可能是君士坦丁皇帝在位时期(306—337)的法学家编成,然后在4世纪末由其他人增补或完成。古典法学家的文本选自帕比尼安、保罗和乌尔比安,而入选的皇帝们的敕令属于205年到君士坦丁在位的时期(最新近的是369—372年在位的瓦伦丁尼安、瓦伦斯和格拉齐安的一个),它们被重编为加大的版本——可能对应于原初的版本。此举的实用目的可由其论题(以标题指出)的体系顺序证明,在此等标题下分派有关材料,至少在留传给我们的部分如此。所有的论题都只涉及私法。^[61]

8. 李维的《罗马史》

李维被后人称为“史学家中的法学家”^[62],他喜欢从法律的角度记述历史,故其《罗马史》保留了不少法律掌故,其中包括对《十二表法》的记述。

9. 优士丁尼《学说汇纂》

是优士丁尼的法典编纂成果之一,于530年编成,共有50卷。它搜罗了38位法学家包含在189种作品中的学说。其总卷数为1487卷,共300万行。这些法学家的一些作品援引或评注了《十二表法》,从而将其条文或此等条文的大意保留下来。

10. 优士丁尼《法学阶梯》

也是优士丁尼的法典编纂成果之一,于533年编成,共有4卷。作为法律学校的初级教材使用。其叙事好溯源,故也有援引《十二表法》甚至批评其用词不当的地方。

[59] Voir P. F. Girard et Senn, Textes de droit romain, Tome I, 5th ed., Dalloz, Paris, 1893, p. 414.

[60] P. F. Girard et Senn, supra note [59], at 472.

[61] Cfr. Aldo Petrucci, *Corso del diritto pubblico Romano* (Giappichelli, Torino, 2012), p. 252.

[62] 参见前注[42],李维书,第1页。

11. 老普林尼的《自然史》

老普林尼(23—79)是一个博物学家。其《自然史》凡37卷,属于百科全书式的作品,谈论天文、地理、人种、动物、植物、农业、药物、矿物、冶金、艺术等。援引古希腊327位作者和古罗马146位作者的两千多部著作,其中提到了《十二表法》。

12. 《摩西法与罗马法合论》

这是一部4世纪完成的比较犹太法与罗马法的著作,作者不明,他所为之汇编的时间被确定在戴克里先在位末期或发生在君士坦丁统治期间。1570年它被发现于一个修道院,于1573年出版。它其中保留了一些帕比尼安、保罗、乌尔比安、盖尤斯、莫特斯丁著作的残篇以及从《格里高利法典》和《赫尔摩格尼法典》采集的敕令,把它们按卷和题排列,这些篇什只有第1卷的头16题留传给我们。该书又被称为《上帝之法》(Lex Dei),可以被界定为第一个“比较法”教科书的实例,因为其目的在于对罗马法和古摩西法进行比较,以便证明罗马法来自摩西法,所以,摩西法优越于罗马法。^[63]

13. 塔西陀的《编年史》

塔西陀(55—117)是历史学家。他著有《历史》和《编年史》。后者记叙从14年到68年的罗马史,其中转述了《十二表法》关于利息的规定。

14. 奥诺拉图斯的《维吉尔的作品评注》

奥诺拉图斯(Maurus Servius Honoratus)是公元前420年左右的语法学家。他专注于以旁批的方式诠释罗马大诗人维吉尔的作品,包括对其《牧歌》和《伊尼阿德》的旁批,其中涉及《十二表法》的规定,从而把它们保留下来。

15. 老伽图的《论农业》

老伽图(公元前234—前149)是罗马政治家,曾担任过监察官,但他也是一个作家,留有著作多部,《论农业》为其中的一部,为谈论农场的经营之道之作。其中涉及《十二表法》的规定。

16. 拉特罗的《反卡提林纳的口才练习》

拉特罗(Marcus Porcius Latro,公元前57—前4)是奥古斯都时期的演说家,有《反卡提林纳的口才练习》(Declamatio contro Sergium Catilinam)保留下来。Declamatio是一种修辞学练习,内容是安排学生练习就特定主题写演说辞。其主题是想象的,涉及的人物是历史中的。这样的演说练习大概分为两种,其一是倡议性的演说辞(Suasoria),其二是辩论性的演说辞(Controversiae)。

17. 萨尔维亚努斯的《论神的治理》

萨尔维亚努斯(Salvianus de Marseilles)是马赛人,为5世纪的基督教作家,著有《论神的治理》(De gubernatione dei),这是一部探讨基督教政治哲学的著作。

18. 马克罗比尤斯的《农神节》

马克罗比尤斯(Ambrosius Theodosius Macrobius)是430年兴盛的拉丁作家,399—400年担任过西班牙行省的大区长官。他有《农神节》(Saturnalia)传世。该书为7卷的对话,记载的是于农神节在普雷特克斯塔图斯(Vettius Agorius Praetextatus)的家里举行的一场学术讨论,像《阿提卡之夜》一样博采。其第3、5、6卷涉及对维吉尔作品的评价。

19. 梅西安的《阿斯的分割》

梅西安(Lucius Volusius Mecianus,生于110—115年之间,卒于175年)是罗马附近的奥斯提亚人,^[64]他是渡夫、助理、书记员行会的保护人。138年,在阿德里亚努斯皇帝治下担任过文书官。

[63] Aldo Petrucci, supra note [61], at 252.

[64] Cfr. Antonio Ruggiero, *L. Volusio Meciano tra Giurisprudenza e Burocrazia* (Jovene, Napoli, 1983), p. 12.

在安东尼努斯·皮尤斯皇帝治下的大约 159 年，担任过学术股长和图书馆长。他教马尔库斯·奥勒留（Marcus Aurelius）法律，因为他是奥勒留登基前的监护人。159—161 年他担任埃及长官，161 年担任粮秣长官，负责向罗马运粮，然后担任亚历山大总督，166 年担任执政官。^[65] 175 年，他被参与 Avidius Cassius 叛乱的士兵所杀。他著有《遗产信托》《公诉》，并收集了关于罗德海法的资料。还写有关于度量衡的著作《阿斯的分割》（Assis distributio，约 146）留世。^[66] 该书是为未来的皇帝马尔库斯·奥勒留写的，旨在教给他实用的知识。

20. 彭波尼·波尔菲利昂的《贺拉斯作品旁批》

波尔菲利昂（Pomponius Porphyrio，2 世纪或 3 世纪人）是生于非洲的拉丁语法学家和贺拉斯作品评注家。《贺拉斯作品旁批》（Scholia Horatiana）是对罗马诗人贺拉斯的诗歌的注释。

21. 昆图斯·科尔尼福丘斯的《献给盖尤斯·赫瑞纽斯的修辞学》

科尔尼福丘斯（Quintus Cornificius，公元前 86—公元前 82 年兴盛）是修辞学家。著有《献给盖尤斯·赫瑞纽斯的修辞学》（Rhet. ad Her.）。此书被包括王晓朝教授在内的一些学者确定为西塞罗所著。^[67] 但昆体良援引的《献给盖尤斯·赫瑞纽斯的修辞学》的许多片段都标明来自科尔尼福丘斯，^[68] 应该认为昆体良的判断更权威，因为他在时间上离科尔尼福丘斯更近。由于《献给盖尤斯·赫瑞纽斯的修辞学》讲的是法庭辩论艺术，所以它也提到一些法律规定，包括《十二表法》的规定。

22. 诺纽斯·马尔切鲁斯的《诸说撮要》

马尔切鲁斯（Nonius Marcellus）是 4 世纪或 5 世纪的罗马与法学家，著有《诸说撮要》（De compendiosa doctrina）20 卷。如其名称所示，这是一部萃取百子学说的书，包括一些法律内容，例如对西塞罗著作的片段的收录和评注。

23. 多纳图斯的《特伦求斯的〈阉奴〉评注》

多纳图斯（Aelius Donatus）是修辞学家和语法学家，353 年前后居住在罗马。特伦求斯是公元前 160 年左右的罗马戏剧家，《阉奴》为其剧本之一。它是对梅南德尔以希腊文写成的一个剧本的改写，内容由几个彼此勾连的阴谋构成。多纳图斯为这一剧本做评注，产生了如题作品。

24. 阿波罗纳里斯的《书信集》

阿波罗纳里斯（Sidonius Apollinaris，431—489）是高卢人，基督教作家和 Clermont 的主教。其《书信集》有 9 卷，反映了西罗马帝国末期的社情。

上述作者距离《十二表法》的年代较近，所以能记述一些《十二表法》的规定。他们的记述也较可靠。

（二）还原的过程

文艺复兴之后，欧洲人燃起对古典文化的兴趣，引发了罗马法的复兴。《十二表法》作为罗马法的重要源头当然引起了时人的注意，注意的方式之一是还原这个法律的文本。下列作者对这一事业做出了重要贡献。

1. 雅克·戈多弗雷多的工作

此人也是《狄奥多西法典》的编者。他出生于一个法学世家，他的父亲丹尼斯·戈多弗雷多（Denis Godefroy，1549—1622）是日内瓦大学的教授，后来成为斯特拉斯堡大学的罗马法教授，再

[65] See Serafina Cuomo, *Measures for An Emperor: Volusius Maecianus' monetary pamphlet for Marcus Aurelius* (London: Birkbeck ePrints, 2007), available at <http://eprints.bbk.ac.uk/631>, p. 4s.

[66] Hugh Chisholm, *supra* note [28].

[67] 参见[古罗马]西塞罗：《西塞罗全集·修辞学卷》，王晓朝译，人民出版社 2007 年版，第 1 页及以下。

[68] See the entry of Cornificius (<http://en.wikipedia.org/wiki/Cornificius>, last access 2014-02-15).

后来成为海德堡大学的教授和法律系主任。他编辑了《民法大全》(1583年出版于日内瓦)。雅克于1616年在巴黎出版了《十二表法残篇》(Fragmenta XII Tabularum)。该书分为论私法、论公法、论墓葬法(Ius sacra)以及补遗四个部分,根据史料还原了《十二表法》各表的条文。^[69]当然,还原的结果比较粗糙。另外,雅克还在1653年出版了《4个市民法原始文献一册收》(Fontes quatuor juris civilis in unum collecti),其中的一个原始文献就是经他还原的《十二表法》。

2. 海因里希·狄尔克孙的工作

狄尔克孙(Heinrich Dirksen, 1790—1868)在1824年完成了再次的复原,在莱比锡出版了其研究成果《对〈十二表法〉残篇的文本的过去的批评和复原尝试概览》。第一章:导论;第二章:有关文献的历史;第三章:对《十二表法》的体系的观点;第四章:第一表和第二表的体系;第五章:第一表的残篇;第六章:第二表的残篇;第七章:第三表和第四表的体系;第八章:第三表的残篇;第九章:第四表的残篇;第十章:第五表和第六表的体系;第十一章:第五表的残篇;第十二章:第六表的残篇;第十三章:第七表和第八表的体系;第十四章:第七表的残篇;第十五章:第八表的残篇;第十六章:第九表和第十表的体系;第十七章:第九表的残篇;第十八章:第十表的残篇;第十九章:第十一表和第十二表的体系;第二十章:第十一表的残篇;第二十一章:第十二表的残篇。最后是附录:《十二表法》残篇列表。^[70]显然可见,狄尔克孙的还原工作进行得很细。首先考虑《十二表法》整体的体系问题,然后以每两表为一个单位考察它们的微观体系问题。此等细致的研究成果体现为一本740页的巨著。

3. 鲁道尔夫·谢尔的工作

1865年,鲁道尔夫·谢尔(Rudolf Schöll, 1844—1893)在莱比锡出版了《〈十二表法〉的遗迹评注》(Commentationes de lege XII. tabularum specimen)。其分为两章。第一章是“论对于《十二表法》的记忆”;第二章是“前人对于《十二表法》的解释”。显然,这是一部综述性的著作,总结了前人研究《十二表法》的成果。

4. 莫里兹·沃依格特的工作

1883年,沃依格特(Moritz Voigt, 1826—1905)在莱比锡出版了其《〈十二表法〉在其残篇中表现出来的民法、刑法、民诉和刑诉的历史与体系》两卷,这是一部873页的大著。如题所示,它分别研究了包含在《十二表法》中的民法、刑法、民诉和刑诉制度。在每个部门法的名头下,又展开更细致的研究。例如,就民法而言,就包括了物法、债法、对他人的人格权三个板块。物法中包括了身份法(自由权)和家庭法。^[71]

5. 布农斯、特奥多尔·蒙森和奥托·格拉登维兹的工作

布农斯(Karl G. Bruns)、特奥多尔·蒙森(Theodor Mommsen)和奥托·格拉登维兹(Otto Gradenvitz)于1909年在图宾根出版了《古罗马法原始文献》3卷,其中第一卷第二章收录他们还原的《十二表法》,每个条文都说明了它们据以还原的原始文献。^[72]

6. 李克波诺的工作

1941年,李克波诺(S. Riccobono)根据1933年发现的盖尤斯的片段修订了前人的还原本,将之收录在《优士丁尼前的罗马法原始文献》一书中。这一版本比较权威,今人多采之。我对《十二

[69] Cfr. Jacques Godefroy, *Fragmenta XII Tabularum* (Paris, 1616), pp. 2ss.

[70] Vgl. Heinrich Eduard Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, Hinrichsche Buchhandlung, 1824, Leipzig.

[71] Moritz Voigt, *Die XII Tafeln: Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie-Processes der XII Tafeln nebst Deren Fragmenten*, Leipzig, 1883.

[72] Fontes Iuris Romani Antiqui, Tubinga, 1909.

表法》的中译,依据的就是这个还原本。^[73]

7. 克罗福德的工作

1996年,英国学者克罗福德(M. H. Crawford)在其 *Roman Statutes* 第2卷中发表了其新的《十二表法》还原,它根据新的研究成果写成,有不少推翻既定体系的安排。^[74]

(三) 体系问题与曲解古人的可能

《十二表法》的各表本无标题,但周枬先生的译本冠以标题,这些标题实际上是对后人还原的《十二表法》各表内容的概括。这些标题构成以下体系:

第一表,传唤;第二表,审理;第三表,执行;第四表,家长权;第五表,继承和监护;第六表,所有权和占有;第七表,土地和房属(相邻关系);第八表,私犯;第九表,公法;第十表,宗教法(应该是墓葬法);第十一表,前5表的增补;第十二表,后5表的增补。

如此,在前10表的范围内,形成先程序法,后实体法;先私法,后公法;在私法中,先人法,后物法的体系。

上述体系与人们熟知的罗马人论述法律的体系不一致。这样的体系有两个。第一个是谢沃拉-萨宾体系,第二个是盖尤斯创立的法学阶梯体系。由此可以设想上述体系之曲解古人的可能。下面介绍罗马人的两个论述法的体系。先说谢沃拉-萨宾体系。

颁布《十二表法》后,开始产生了进行法庭辩论的需要,在法庭辩论的过程中,法学家们对《十二表法》进行解释并引申出相应的规则填补法律的漏洞,这些解释和法学家以不成文的方式创制的法,被称作市民法。^[75] 谢沃拉的《市民法》的体系如下。

第一编继承法。(1) 遗嘱,遗嘱的订立;(2) 继承人的指定;(3) 剥夺继承权;(4) 接受或放弃遗产;(5) 遗赠。

第二编人法。(1) 婚姻;(2) 监护;(3) 待自由人;(4) 家父权;(5) 主人权;(6) 解放自由人;(7) 附录:代理人和事务经管人。

第三编物法。(1) 占有与时效取得;(2) 不使用与自由权的时效取得。

第四编债法。(1) 合同之债。A. 要物合同(或许只包括借贷);B. 买卖;C. 租赁;D. 附录:地役权;E. 合伙(也许还包括委任)。(2) 私犯之债。A. 侮辱;B. 盗窃;C. 《阿奎流斯法》。^[76]

盖尤斯法学阶梯体系是人物讼体系,其中,讼被排在最后,恰恰与《十二表法》的诉讼前置主义相反。

后人著作中说,该《市民法》的第一编讲遗嘱,第四编讲债,由此设定了两个还原坐标,其他的坐标点根据想象和对古人的意识形态的了解设定。

但在上述还原《十二表法》的原材料中,据我所知,没有一个片段提供了这样的还原坐标,因此,《十二表法》的结构上的还原基本依据后人的想象。

当然,这样的还原还是有3个比较客观的标准。

其一,盖尤斯的《〈十二表法〉评注》的论述顺序。人们认为这个顺序就是《十二表法》本身的顺序。该书共6卷,根据勒内尔(Otto Lenel)的还原,第1卷涉及传唤到法院、出庭担保、盗窃等;第2卷涉及诉讼期日、拘押之诉等;第3卷涉及出卖家子、休妻、盗窃梁木等;第4卷涉及火灾、结社、

[73] 徐国栋、阿尔多·贝特鲁奇、纪蔚民译:《十二表法新译本》,载《河北法学》2005年第11期。

[74] M. H. Crawford et al., *Roman Statutes II*, London, 1996.

[75] D. 1, 2, 25.

[76] Cfr. Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana, traduzione italiana di Guglielmo Nocera Sansoni*, Firenze, 1968, p. 172s. 也参见[美]哈罗德·伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第163页。

恶意的歌谣、地界、掉落的橡实等;第5卷涉及解释法律的规则(两个否定构成一个肯定);第6卷涉及要求返还之诉、争议、通婚权、质押、损害投偿等。^[77] 就算盖尤斯的论述顺序就是《十二表法》本身的顺序,如何在盖尤斯的一卷中分出《十二表法》的两表,也为今人的想象留出了广阔的空间。而且还有一个信息量极小的第5卷留下了同样的空间。

其二,后人引用顺序的标准。例如,假定杰流斯的《阿提卡之夜》是按先后顺序引用《十二表法》的。^[78] 我们可以想象,这第二个标准多么脆弱!

其三,西塞罗提供的信息。《十二表法》以传唤到庭开头,以关于葬礼和坟墓的规定终结(按开头的编纂设计,第十表是最后一表,后来收尾的两个表,众所周知,是继续性和补遗性的规定),都是从西塞罗得知的。由此,“法典”以第一个进入与司法领域接触的活动开始(进入诉讼),以关于人的法律生活的最后一个行为终结,构成一种“自然主义”的设计。

上面的还原反映出今人区分程序法和实体法的观念,区分公法和私法的观念,以及一定的部门法观念,这种区分远古时期的罗马人是否有,值得怀疑。因此,存在对现在的还原法曲解古人的担心。

意大利《十二表法》专家迪里贝尔多的文章反映了这种担心。

他认为按法的特定分支分配各表内容的做法值得怀疑,因为为了节约空间,各表都要写满,不留空白,写满的内容不见得彼此间有逻辑联系。^[79] 而当时的人们没有程序法与实体法区分的观念,他们理解的公法和私法与我们理解的也不同。

英国罗马法学家彼得·斯坦有同样的担心,他认为,《十二表法》的体系性被19世纪的法史学家夸大了,它的原始文本的体系可能比这还乱。^[80]

结论:我们现在利用的《十二表法》的条文诚然来自古人不错,其结构到底来自古人还是我们自己,就是一个说不清的问题。而结构对于正确理解一部法律非常重要。(未完待续)

(责任编辑:宾凯)

[77] Cfr. Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis, ex Officina Bernhardi Tauchnitz*, Lipsiae, 1889, p. 242. ss.

[78] 参见[意]迪里贝尔多:《关于时下对〈十二表法〉的研究现状的一些思考》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第3卷,中国法制出版社2002年版,第53页。

[79] 参见前注[78],迪里贝尔多书,第56页。

[80] 参见杨代雄:《德国古典私权一般理论及其对民法体系构造的影响——探寻我国民法典体系构造的历史参照》,吉林大学博士学位论文,2007年,第121页。